

# De Algemene wet gelijke behandeling en de enkele-feitconstructie – the saga continues...

J.H. GERARDS\*

## 1. Inleiding

Toen in 1994 de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in werking trad, was deze wet tamelijk uniek in Europa. De wet was bedoeld om een concrete uitwerking te geven aan het discriminatieverbod van art. 1 Grondwet voor horizontale rechtsverhoudingen. Werkgevers en dienstverleners kregen hierdoor duidelijkheid over de vraag wat zij wel en niet mogen doen als het gaat om ongelijke behandeling.<sup>1</sup> Bijzonder voor de wet is dat deze een aantal fundamentele wettelijke afwegingen bevat tussen de grondrechtelijke belangen van verschillende betrokken partijen.<sup>2</sup> Uitgangspunt van de Awgb is dat ongelijke behandeling op bepaalde gronden (ras, nationaliteit, geslacht, seksuele gerichtheid, godsdienst, politieke gezindheid en burgerlijke staat) niet is toegestaan, tenzij een geslaagd beroep kan worden gedaan op een van de limitatief opgesomde uitzonderingsgronden. Juist die uitzonderingsgronden vormen een weerslag van de afweging van grondrechten.<sup>3</sup> Zo blijkt uit art. 5 lid 3 Awgb dat het verbod van ongelijke behandeling niet van toepassing is in werkverhoudingen met een privé karakter; in die gevallen prevaleert het recht op respect voor het privéleven boven het recht op gelijke behandeling. Art. 3 Awgb sluit rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen uit van de werkingssfeer van de Awgb en geeft daardoor de godsdienstvrijheid voorrang boven het discriminatieverbod.

Meest bekend in dit licht zijn echter de uitzonderingsbepalingen van de art. 5 lid 2 en 7 lid 2 Awgb. Zij gaan over de eisen die instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag mogen stellen als het gaat om functievervulling en deelname aan het onderwijs. Daarbij wilde de Awgb-wetgever de vrijheid van richting, de godsdienstvrijheid en de politieke vrijheid van deze instellingen respecteren, maar tegelijkertijd het verbod van onderscheid zo goed mogelijk beschermen. Om daarvoor te kunnen zorgen is de beruchte 'enkele-feitconstructie' in het leven

\* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is als hoogleraar fundamentele rechten verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 *Kamerstukken II 1991/92*, 22 014, nr. 5, p. 6.

2 *Kamerstukken II 1990/91*, 22 014, nr. B, p. 2-3 en

*Kamerstukken II 1991/92*, 22 014, nr. 5, p. 11.

3 Zie nader o.m. Gerards 2011, met nadere bronvermeldingen.

geroepen, die al controversieel was voordat de Awgb überhaupt in werking trad.<sup>4</sup> De discussie heeft zich daarbij altijd toegespitst op het voorbeeld van bijzondere scholen die eisen willen stellen aan het onderschrijven van hun grondslag.<sup>5</sup> De vraag is of daarbij, behalve aan de religieuze overtuiging als zodanig, ook eisen mogen worden gesteld aan de leefstijl van een docent.<sup>6</sup> Mag een streng religieuze school, die vanuit de geloofsovertuiging grote bezwaren heeft tegen homoseksualiteit, bijvoorbeeld een leraar weigeren die samenleeft met iemand van hetzelfde geslacht?<sup>7</sup> Volgens de wetsgeschiedenis kan de enkele-feitconstructie in dit soort casus zo worden gelezen dat geen sprake is van verboden onderscheid, maar alleen als er sprake is van 'bijkomende omstandigheden'.<sup>8</sup> Daarvan is, kort samengevat, sprake als godsdienst en leefstijl of gedrag feitelijk zo nauw met elkaar zijn verbonden dat niet kan worden gezegd dat bepaalde leefstijleisen leiden tot onderscheid op het 'enkele feit' van seksuele gerichtheid, burgerlijke staat of een van de andere door de Awgb beschermde gronden.<sup>9</sup>

Dat er controverse bestaat over de uitleg van de enkele-feitconstructie is misschien wel onvermijdelijk. Het gaat hier immers om een door de wetgever vastgelegde keuze tussen twee belangrijke grondrechten. Het is haast onontkoombaar dat sommigen vinden dat de balans te veel is doorslagen in de richting van het respect voor gelijke behandeling, terwijl anderen denken dat dit recht juist te weinig wordt beschermd en dat er te veel ruimte is gegeven voor (in het bijzonder) godsdienstvrijheid en vrijheid van richting.<sup>10</sup> Ook ruim twintig jaar nadat de discussie hierover in het parlement werd gevoerd, is dit debat nog van onverminderde heftigheid. Opvallend is daarbij dat de discussie in hoge mate academisch van aard is. Het is welbekend dat in de praktijk zelden een beroep wordt gedaan op de enkele feit-constructie en de 'bijkomende omstandigheden'.<sup>11</sup> Een hoogst enkele keer is er een rechterlijke uitspraak of een oordeel van het College voor de Rechten van de Mens (de vroegere Commissie Gelijke Behandeling) verschenen waarin de bepalingen aan de orde zijn,<sup>12</sup> maar in vergelijking tot andere Awgb-bepalingen speelt de constructie een ondergeschikte rol. Het principiële karakter van het onderwerp lijkt het echter bijzonder aantrekkelijk te maken voor politici en kamerleden, die al vele jaren pleiten voor wijziging.

Dit wijzigingsproces rondom de enkele-feitconstructie kenmerkt zich door een grote stroperigheid, die ongetwijfeld kan worden verklaard vanuit de complexiteit en gevoeligheid van de materie. Toch lijkt er nu een doorbraakje aan te komen, in de vorm van het initiatiefvoorstel-Bergkamp c.s.<sup>13</sup> Dit voorstel, dat beoogt de 'enkele feit-constructie' uit de tekst van art. 5 lid 2 en 7 lid 2 Awgb te schrappen, ligt ten tijde van schrijven bij de Tweede Kamer; in het najaar van 2013 is een nota naar aanleiding van het

4 Zie nader Redactioneel NTM 2009; Terpstra 2011, p. 216; Nehmelman 2011a, p. 426-427; Nehmelman 2011b, p. 240 e.v.

5 Gerards & Zoontjens 2009.

6 Ibidem.

7 Ibidem.

8 *Handelingen II* 1992/93, 47-3514 t/m 47-3516. Zie ook Oordeel 1999-38 van de voormalige Commissie Gelijke Behandeling.

## wet- geving

9 Zie de nota naar aanleiding van het verslag bij de Awgb, *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 41 en *Handelingen II* 1992/93, 47-3514 t/m 47-3516; vgl. verder Oordeel 1999-38 en 2007-100.

10 Vgl. ook de discussie tussen Nehmelman en Hendriks in *TvCR* 2011 afl. 3 en zie Nehmelman 2011b, p. 251.

11 Zie ook Redactioneel NTM 2009.

12 Zie recenter wel Oordeel 2011-102 van de voormalige Commissie Gelijke Behandeling en Rb. Den Haag 2 november 2011,

ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3104, *JAR* 2011/305 m.nt. Lindeboom.

13 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476.

verslag aan de Kamer gepresenteerd, voor april 2014 was een plenair debat gepland (dat uiteindelijk niet doorging).<sup>14</sup> Omdat de kans aanzienlijk is dat dit voorstel in ieder geval in de Tweede Kamer wordt aangenomen, is het nuttig om eens te bekijken in welke context het initiatiefvoorstel kan worden ingepast en wat het voorstel inhoudt. Daarbij is ook de vraag wat het voorstel toevoegt aan de eerdere voorstellen en hoe het kan worden gewaardeerd in het licht van de Europese regelgeving. Deze bijdrage voorziet in een korte analyse van deze materie, waarbij par. 2 het voorstel in context plaatst, par. 3 het initiatiefvoorstel-Bergkamp c.s. analyseert en par. 4 het geheel besluit.

## 2. Context: de ‘saga’ van de enkele-feitconstructie

### 2.1 Inleiding: toepassingspraktijk van de Awgb

Om de ‘saga’ van de enkele-feitconstructie goed te kunnen plaatsen, is het allereerst van belang om te begrijpen hoe de constructie in de praktijk werkt. Deze constructie moet worden gelezen in de bredere context van de uitzonderingsbepalingen van art. 5 lid 2 en 7 lid 2 Awgb. Deze bepalingen stellen allebei een viertal cumulatieve eisen om een geslaagd beroep te kunnen doen op de uitzondering:

1. De instelling die een beroep wil doen op de bepaling moet een instelling zijn op religieuze, levensbeschouwelijke of politieke grondslag of een instelling van bijzonder onderwijs.
2. Deze instelling moet eisen willen stellen voor de vervulling van een functie (art. 5) of bij de toelating tot of deelname aan het onderwijs (art. 7).
3. De gestelde functie-eisen of toelatings-/deelname-eisen moeten, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie (art. 5 lid 2 sub a) of moeten, bij bijzondere scholen, nodig zijn om hun grondslag te verwezenlijken (art. 5 lid 2 sub c).
4. De eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, godsdienst of levensbeschouwing (bij instellingen op politieke grondslag) of politieke gezindheid (bij instellingen op religieuze of levensbeschouwelijke grondslag).

Veel zaken waarin een beroep wordt gedaan op een van de uitzonderingsgronden van art. 5 en 7 worden afgedaan op het eerste vereiste. Het College van de Rechten van de Mens (hierna College of CRM) heeft zich altijd bijzonder streng betoond waar het gaat om de vraag of er wel echt sprake is van een instelling op religieuze grondslag of van een bijzondere school. Daarvoor is het nodig dat kan worden aangetoond dat de grond-

<sup>14</sup> *Kamerstukken II 2013/14*, 32 476, nrs. 9-10.

slag uitdrukking vindt in een consequent uitgedragen identiteitsbeleid. Om dat te kunnen beoordelen kijkt het College niet alleen naar theoretische grondslagen, zoals die bijvoorbeeld zijn neergelegd in de statuten, maar ook naar de betekenis die hieraan in de praktijk wordt gegeven.<sup>15</sup> In de praktijk neemt het College dit niet snel aan, zodat ervan mag worden uitgegaan dat wanneer een instelling deze toets doorstaat, godsdienst en grondslag voor de instelling ook werkelijk een zeer belangrijke rol spelen. Een tweede toetsingspunt is vervolgens het aspect van 'noodzakelijkheid' van het stellen van bepaalde eisen. Daarbij bevat de tekst van de beide Awgb-bepalingen een belangrijk nuanceverschil. Waar instellingen op religieuze en levensbeschouwelijke grondslag (art. 5 lid 2 sub a) eisen kunnen stellen die nodig zijn *voor de functievervulling*, gelet op het doel van de instelling, moeten de eisen bij instellingen van bijzonder onderwijs nodig zijn *voor de verwezenlijking van hun grondslag* (art. 5 lid 2 sub c). Anders gezegd: waar bijvoorbeeld een op katholieke grondslag gebaseerde hulporganisatie moet aantonen dat een hulpverlener aan bepaalde eisen van religieuze overtuiging moet voldoen om zijn functie goed te kunnen uitoefenen, moet een bijzondere school aantonen dat bepaalde functie- of toelatingseisen nodig zijn om de religieuze grondslag van de school waar te kunnen maken. Het is vooral in verband met het laatste dat 'loyaliteits-eisen' kunnen worden gesteld, zoals de eis dat iedere medewerker van een bijzondere school de grondslag van die school onderschrijft.<sup>16</sup> De band tussen bepaalde eisen aan de functievervulling (zoals het uitdragen van bepaalde opvattingen op school of het actief ondersteunen van de mening dat het huwelijk de enige mogelijke samenlevingsvorm van man en vrouw is) moet daarbij wel objectiveerbaar zijn.<sup>17</sup> De uitvoeringspraktijk stelt hoge eisen aan het bewijs van deze noodzakelijkheid en objectiveerbaarheid. Een klassiek voorbeeld is dat van het stellen van de eis aan een roostermaker bij een reformatische school dat deze de christelijke geloofsovertuiging zou hebben.<sup>18</sup> Het College vond dat het niet noodzakelijk was om deze eis voor deze functie te stellen, omdat de roostermaker nauwelijks contact zou hebben met leerlingen. Voor het verwezenlijken van de grondslag van de school was het dus minder problematisch als de roostermaker niet zelf christelijk zou zijn.

Ten slotte is er dan nog het verbod van onderscheid op grond van 'het enkele feit van'. Zoals in de inleiding al opgemerkt, zal maar hoogst zelden worden aangenomen dat een ongelijke behandeling *niet* op zo'n 'enkel feit' is gebaseerd omdat sprake is van 'bijkomende omstandigheden'. Te denken is hoogstens, heel misschien, aan de situatie waarin iemands seksuele gerichtheid tot uitdrukking komt in een bepaalde leefstijl of een bepaald gedrag en tegen die leefstijl of dat gedrag vanuit religieus perspectief zodanige bezwaren bestaan dat de betrokkene zijn geloof niet

<sup>15</sup> Gerards & Heringa 2003, p. 106.

<sup>16</sup> Bijv. Oordeel 2011-102, punt 3.24.

<sup>17</sup> Bijv. Oordeel 2011-102, punt 3.24.

<sup>18</sup> Oordeel 2005-102.

meer geloofwaardig kan uitdragen.<sup>19</sup> Een sterke religieuze overtuiging bij een instelling over de betekenis van het huwelijk, die binnen de instelling consistent wordt uitgedragen, is in ieder geval geen 'bijkomende omstandigheid' die kan rechtvaardigen dat iemand wordt afgewezen omdat hij ongehuwd samenwoont.<sup>20</sup> Bovendien is vaste rechtspraak dat een werkgever uiterst zorgvuldig moet optreden als hij een beroep wil doen op bijkomende omstandigheden, wat betekent dat hij in ieder geval in gesprek moet gaan met de betrokkene om te onderzoeken of diens gedrag of leefstijl werkelijk onverenigbaar is met de grondslag van de school.<sup>21</sup> Deze strenge eisen hebben tot gevolg dat in de twintig jaar van het bestaan van de Awgb nog nooit een beroep op 'bijkomende omstandigheden' is toegewezen.<sup>22</sup>

## 2.2 De komst van de Europese Kaderrichtlijn arbeid; Europese bezwaren

Hoewel de enkele-feitconstructie altijd veel kritiek heeft opgeroepen, leidde zij gedurende de eerste jaren van het bestaan van de Awgb een sluimerend bestaan.<sup>23</sup> Er werd in rechtszaken en klachten voor de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling nauwelijks een beroep op gedaan, en in de eerste evaluatie van de Awgb kon dan ook gemakkelijk worden vastgesteld dat de bepalingen van art. 5 lid 2 en 7 lid 2 niet tot praktische problemen leidden.<sup>24</sup> De situatie veranderde toen in 2003 de Europese Kaderrichtlijn gelijke behandeling op het terrein van de arbeid in werking trad (Richtlijn 2000/78).<sup>25</sup> Net als de Awgb-wetgever destijds had gedaan, had de Europese wetgever in de richtlijn een afweging neergelegd tussen het recht op gelijke behandeling en grondrechten als die op godsdienstvrijheid, specifiek voor het terrein van de arbeid. Natuurlijk leidde dit voor Nederland meteen tot de vraag in hoeverre deze afwegingen gelijklopend waren aan de afwegingen die in de Awgb tot uitdrukking kwamen. Ten behoeve van de implementatie van de richtlijn constateerde de regering dat er weinig reden was voor aanpassing. Weliswaar waren er enkele discrepanties die moesten worden gerepareerd, maar op het punt van de afweging tussen godsdienstvrijheid en gelijke behandeling nam de regering aan dat de richtlijnen geen wezenlijk andere keuzes impliceerden.<sup>26</sup> In het bijzonder merkte zij op dat 'de bestaande enkele feit-constructies in de Awgb ... naar de mening van het kabinet volledig [worden] gedekt door het Europese recht'.<sup>27</sup>

Er was dan ook wel enige verrassing toen enkele jaren later de Europese Commissie, na onderzoek van de implementatie van Richtlijn 2000/78 in alle Europese lidstaten, tot de conclusie kwam dat er wel degelijk problemen bestonden.<sup>28</sup> Volgens de Europese Commissie maakt de huidige formulering onvoldoende duidelijk dat voldaan moet worden aan een

19 Indirect kan dit worden afgeleid uit Oordeel 1999-38 en uit Rb. Den Haag 2 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3104, JAR 2011/305 m.nt. Lindeboom.  
20 Oordeel 2011-102, punt 3.32; zie ook de noot van Terpstra hierbij in NTM 2012, p. 594.  
21 Zie reeds Oordeel 1999-38 en vgl. Rb. Den Haag 2 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3104, JAR 2011/305 m.nt. Lindeboom.  
22 Zie ook Overbeeke 2012, p. 472.  
23 Vgl. Nehmelman 2011b, p. 244.  
24 Asscher-Vonk/Groenendijk 1999, p. 177.  
25 Rl. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. EG 2000 L 303/16.  
26 Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3; zie nader o.m. Gerards 2006.  
27 Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. A, p. 12.  
28 Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, Bijlage: C(2008)0115; zie ook Nehmelman 2011b, p. 245 e.v.

‘dubbele test’, namelijk dat het doel van het stellen van een functie-eis legitiem moet zijn en dat de functie-eis evenredig moet zijn aan dat doel.<sup>29</sup> Om deze kritiek te kunnen begrijpen, is het van belang om enig inzicht te hebben in de wijze waarop de richtlijnbevestigingen over dit onderwerp zijn geconstrueerd.

De relevante bepaling voor dit onderwerp is art. 4 van Richtlijn 2000/78. Het eerste lid daarvan stelt dat onderscheid bij de arbeid niet is verboden ‘als het gaat om een kenmerk dat, vanwege de aard van de betrokken specifieke werkzaamheden of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.’ Ongeacht de vraag of een instelling is gebaseerd op religieuze, politieke of levensbeschouwelijke grondslag, kan zij dus eisen stellen op het terrein van godsdienst, levensbeschouwing of politieke gezindheid als die een ‘wezenlijk en bepalend’ beroepsvereiste vormen. Daarbij moet het stellen van dergelijke eisen een legitiem doel dienen (waarbij niet nader is gespecificeerd wat dat zou moeten inhouden, maar het zou zoiets kunnen zijn als het respecteren van een religieuze grondslag) en moet het vereiste evenredig aan dit doel zijn, wat betekent dat de eisen niet verder mogen strekken dan het doel toelaat. Het tweede lid van art. 4 van Richtlijn 2000/78 bevat een specifieke uitzondering voor bestaande wetgeving over publieke of particuliere organisaties op religieuze grondslag. Dergelijke organisaties mogen op het terrein van de arbeid onderscheid maken naar godsdienst, ‘voor zover godsdienst en overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie en de eis gelet op de aard van de werkzaamheden of context van uitoefening gerechtvaardigd is’. Daarnaast bepaalt art. 4 lid 2 dat de functie-eis ‘geen op een andere grond gebaseerde discriminatie [mag] rechtvaardigen’. Deze uitzonderingsbepaling lijkt erg op de uitzondering van het eerste lid, maar er zijn belangrijke verschillen. Opvallend is vooral dat er geen evenredigheidsstoets wordt vereist door het tweede lid, maar dat wel moet worden aangetoond dat er een causaal verband bestaat tussen de functie-eis en de grondslag van de instelling. In dit opzicht lijkt de formulering meer op die van art. 5 lid 2 onder c Awgb voor bijzondere scholen, dan op de eis van art. 4 lid 1 van de richtlijn. Daarnaast lijkt de eis van art. 4 lid 2 een soort enkele-feitconstructie te bevatten. Of er ruimte is voor ‘bijkomende omstandigheden’ is daarbij niet helemaal duidelijk, maar dat lijkt wel het geval te zijn: vermoed kan worden dat in de situatie waarin dergelijke omstandigheden zich voordoen, niet kan worden gesproken van ‘discriminatie’.

<sup>29</sup> Zie ook Redactioneel NTM 2009.

In het licht van deze bepaling is het opmerkelijk dat de Europese Commissie in haar ingebrekestelling de Awgb-bepalingen bekritiseert omdat art. 5 lid 2 Awgb niet duidelijk zou maken dat een dubbele toets op proportionaliteit plaats zou moeten vinden. De Europese Commissie lijkt deze eis namelijk te baseren op het eerste lid van art. 4 en lijkt daarmee voorbij te gaan aan de betekenis van art. 4 lid 2 van Richtlijn 2000/78. Dat is eigenaardig, omdat dit laatste artikellid is geschreven voor instellingen op bijzondere grondslag waarvoor in nationale wetgeving al een uitzondering is gemaakt. In deze bepaling ligt juist geen proportionaliteitseis besloten, maar veeleer een toets van de relatie tussen functie-eisen en grondslag, zoals die in Nederland al wordt uitgevoerd.

In Nederland leidde de ingebrekestelling tot grote commotie en tot nieuwe controverse over de uitzonderingsbepalingen voor instellingen op bijzondere grondslag. Niet alleen waren deze nu op principiële gronden discutabel, maar ook zouden zij leiden tot strijd met het Europese recht. In ieder geval was dit de conclusie van het College voor de Rechten van de Mens, dat zich in een advies aansloot bij het oordeel van de Europese Commissie en de regering adviseerde om de uitzondering te herformuleren.<sup>30</sup> Opmerkelijk daarbij is dat het College, en in diens kielzog de Tweede Kamer, de kritiek van de Europese Commissie vertaalde naar kritiek op de enkele-feitconstructie.<sup>31</sup> In een brief aan de Kamer probeerde de minister van OCW nog uit te leggen dat in de ingebrekestelling geen reden kon worden gezien om de enkele-feitconstructie te schrappen, omdat de kritiek van de Europese Commissie zich daarop niet richtte, maar betrekking had op de proportionaliteitstoets.<sup>32</sup> De Kamer toonde zich echter niet overtuigd: verschillende Kamerleden benadrukten dat de uitzondering zou moeten worden aangepast.<sup>33</sup> Daarop legde het kabinet de vraag of de enkele-feitconstructie zou moeten worden vervangen voor aan de Raad van State.<sup>34</sup>

### 2.3 Advies Raad van State

De Raad van State bracht in 2009 een uitgebreid en genuanceerd advies uit over de uitzonderingsbepalingen, waarin hij, kort gezegd, aanraadde om nauwer aan te sluiten bij de tekst van de relevante Europese richtlijn.<sup>35</sup> De reden hiervoor was echter niet dat de bepalingen van de Awgb, strikt genomen, in strijd zouden zijn met de richtlijn. Anders dan de Europese Commissie en het College kwam de Raad van State namelijk tot de bevinding dat art. 4 lid 2 van Richtlijn 2000/78 wel degelijk ruimte biedt voor de uitzondering van art. 5 lid 2 Awgb. In het bijzonder concludeerde de Raad dat art. 4 lid 2 het instellingen op bijzondere grondslag mogelijk maakt om eisen te stellen die samenhangen met goede trouw en loyaliteit

30 CGB 2008, p. 10.

31 Vgl. ook Terpstra 2011, p. 217.

32 *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 34.

33 *Handelingen II* 2007/08, 65-4634 t/m 65-4637.

34 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 2.

35 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7.

aan de organisatie. Het tweede lid lijkt er bij het stellen van loyaliteitseisen bovendien ruimte voor te laten dat ook andere gedragselementen worden betrokken dan rechtstreeks op de functie betrokken beroepsvereisten.<sup>36</sup> In hoeverre dergelijke eisen ook betrekking mogen hebben op gedragingen in de privésfeer van de werknemer (zoals ongehuwd zijn of samenleven met een partner van hetzelfde geslacht), moest daarbij volgens de Raad van State afhangen van de omstandigheden van het geval (functie, organisatie, context).<sup>37</sup> Bij deze lezing van art. 4 lid 2 is duidelijk dat de Nederlandse uitzonderingsbepaling van art. 5 lid 2 Awgb hiervan niet afwijkt.<sup>38</sup> Een juridische noodzaak tot aanpassing of schrapping van de enkele-feitconstructie bestond er volgens de Raad van State dan ook niet.<sup>39</sup> Tegelijkertijd erkende de Raad van State dat het standpunt van de Europese Commissie aanleiding kon zijn om nog eens goed te kijken naar de formulering van de Awgb-bepaling, zodat die een meer zuivere implementatie zou gaan vormen van de richtlijn.<sup>40</sup> De Raad van State zocht daarbij naar een mogelijke herformulering van de bepaling, die enerzijds recht zou doen aan het doel van de beide bepalingen (namelijk om het resultaat vast te leggen van een afweging tussen, grof gezegd, gelijke behandeling en godsdienstvrijheid) en anderzijds op een meer precieze manier de tekst van de richtlijn zou reflecteren. Hij formuleerde daarbij twee voorstellen voor tekstvarianten. Tekstvariant A sloot nauw aan bij de tekst van art. 4 lid 2 van Richtlijn 2000/78:

‘Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

- a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
  - b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.’

Variant B sloot meer aan bij de huidige formulering van art. 5 lid 2 Awgb:

‘Het eerste lid laat onverlet:

- a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die nodig zijn voor de vervulling van een functie en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag;
- b. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie die nodig zijn voor de verwezenlijking van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en

36 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 10, onder punt 4.

37 *Ibidem*.

38 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 17.

39 Hierover is uiteraard discussie mogelijk; zie o.m.

Redactioneel NTM 2009; Hendriks & Terlouw 2009.

40 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 17.



gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag.’

In deze beide tekstvarianten is de enkele-feitconstructie verdwenen en is de eis toegevoegd dat het moet gaan om wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten, die uitdrukking geven aan de trouw en loyaliteit aan de grondslag van een instelling die mogen worden geleverd in het licht van het bijzondere godsdienstige en levensbeschouwelijke karakter van de instelling.

Welke keuze tussen de twee varianten ook zou worden gemaakt, het staat wel vast dat zij de controverse over de enkele-feitconstructie niet zou beëindigen. De Raad van State gaf in zijn advies namelijk ook uitdrukkelijk aan dat de te stellen loyaliteitseisen niet per definitie alleen maar puur religieus of levensbeschouwelijk van aard zouden hoeven te zijn, maar ook samen zouden kunnen hangen met leefstijl of andere contextuele omstandigheden. De gevallen die onder de Awgb steeds tot politieke controverses leidden, zoals die waarbij een christelijke school een leraar weigert omdat die samenleeft met een partner van gelijk geslacht, zouden onder de beide nieuwe tekstvoorstellen dus nog steeds kunnen worden gerechtvaardigd. Net als onder de huidige tekst zou de situatie waarin dergelijke eisen toelaatbaar zijn, zich overigens maar uiterst zelden voordoen. In die uitzonderlijke gevallen zou het volgens de Raad van State ook wel redelijk zijn om de aanspraken van een bijzondere instelling te honoreren, omdat de godsdienstvrijheid dan zo zwaar weegt dat het recht op gelijke behandeling daarvoor moet wijken.<sup>41</sup> Duidelijk is echter dat juist dit standpunt tot nieuwe inhoudelijke discussies over de grondrechtenbalans zou kunnen leiden.

Naar aanleiding van dit advies presenteerde het kabinet in september 2009 een nader rapport, waarin het aankondigde een voorstel te willen maken met een tekst die overeen zou komen met tekstvariant A, omdat die het dichtst zou aansluiten bij art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn.<sup>42</sup> Het kabinet gaf daarbij wel aan dat het ontbreken van duidelijkheid over het ‘enkele-feitprobleem’ problematisch was. Daarom zou het gewenst zijn om in de wettekst ‘expliciet tot uitdrukking te brengen dat de vrijheid van de hier bedoelde instellingen niet zo ver gaat, dat met een beroep op uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende criteria discriminatoire eisen gesteld mogen worden, die op andere specifieke persoonskenmerken zien’.<sup>43</sup> Hoe het kabinet dit voor zich zag bleek toen in juli 2010 een nieuwe aflevering van de enkele-feitsaga verscheen,

41 Zie kritisch daarover Hendriks & Terlouw 2009.

42 *Kamerstukken II 2009/10*, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 12.

43 Idem.

ditmaal in de vorm van een internetconsultatie over de Integratiewet gelijke behandeling.

## 2.5 Integratiewet gelijke behandeling

De concept-Integratiewet gelijke behandeling moet worden geplaatst binnen een bredere context. Hoewel veel discussies over de gelijkebehandelingswetgeving zich hebben geconcentreerd op de enkele-feitconstructie, is dit namelijk zeker niet het enige onderwerp dat de laatste jaren aandacht heeft gekregen. Naar aanleiding van wetsevaluaties, de ingebrekestelling en diverse politieke en wetenschappelijke discussies zijn er in de loop van de tijd heel wat punten opgeworpen die voor wijziging of bijstelling in aanmerking zouden komen.<sup>44</sup> Een punt van aandacht is vooral de versnipperdheid van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, die voor de rechtspraak een bijzonder ondoorzichtige situatie oplevert en die velen al lang een doorn in het oog is. Al ruim tien jaar leeft dan ook de gedachte dat het goed zou zijn de wetgeving te integreren en zijn er beloftes gedaan aan de Kamer dat een Integratiewet gelijke behandeling zou worden gepresenteerd.<sup>45</sup> De operatie tot integratie blijkt echter lastig uitvoerbaar te zijn, waardoor presentatie van een concreet voorstel steeds weer uitstel heeft geleden. Uiteindelijk is pas op 15 juli 2010 een voorontwerp voor een Integratiewet gelijke behandeling opengesteld voor internetconsultatie.<sup>46</sup> In dit concept is niet alleen de gelijkebehandelingswetgeving bij elkaar gebracht, maar zijn voor tal van onderwerpen ook inhoudelijke wijzigingsvoorstellen gedaan. Onderdeel daarvan is een nieuwe formulering van de uitzonderingen van art. 5 lid 2 en 7 lid 2 Awgb. Het conceptvoorstel is daarbij gebaseerd op tekstvariant A van het advies van de Raad van State en (daarmee) op de tekst van Richtlijn 2000/78.<sup>47</sup> Opvallend is daarbij de laatste zin van de bepaling, die een toevoeging bevat ten opzichte van de tekst van de Raad van State:

‘Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

- a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag; vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan. Dit verschil in behandeling, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.’

In deze laatste zin kan de vertaling worden gelezen van de wens van het kabinet om duidelijkheid te geven over de enkele-feitconstructie, die het al

44 Voor een overzicht, zie het NTM-themanummer over gelijke behandeling en nondiscriminatie uit 2011, jrg. 36-2.

45 Dit gebeurde vooral rondom de implementatie van de Kaderrichtlijn Arbeid; zie bijv. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nrs. A en 3; zie nader o.m. Gerards 2006.

46 <http://www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb>.

47 Er zijn wel belangrijke nuances, maar het voert te ver om daarop in deze bijdrage in te gaan. Zie nader Hendriks & Terlouw 2009; Redactioneel NTM 2009; Terpstra 2011, p. 218-219.

aankondigde in zijn nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State. Deze zin heeft volgens de toelichting louter tot functie om te verduidelijken dat functievereisten die voortkomen uit de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag van een instelling niet mogen leiden tot onderscheid op een verboden grond.<sup>48</sup> Uit de formulering in het voorontwerp-Integratiewet is het aspect van ‘het enkele feit’ verdwenen, maar lastig is wel dat het is vervangen door de zinsnede dat het niet mag gaan om een eis die leidt tot ‘op een andere grond gebaseerde discriminatie’. Vooral het ambivalente woordje ‘discriminatie’ roept nieuwe discussies op. Volgehouden kan immers worden dat niet iedere ongelijke behandeling een discriminatie vormt, maar dat van discriminatie alleen sprake is als het gaat om *ongerechtvaardigd* onderscheid.<sup>49</sup> De formulering in het voorontwerp heeft daardoor in hoge mate een leeg karakter: in feite staat er dat het stellen van eisen die leiden tot onderscheid op een andere grond dan godsdienst of levensovertuiging ontoelaatbaar is als dat onderscheid ongerechtvaardigd is. Maar is het stellen van eisen aan, bijvoorbeeld, leefstijl ongerechtvaardigd als die eisen voortvloeien uit een diepgewortelde en duidelijk geformuleerde grondslag van een instelling? De zinsnede in de bepaling beantwoordt die vraag niet, maar stelt hem slechts. De gewenste duidelijkheid biedt de zinsnede daardoor zeker niet – integendeel.

Het lot van het voorontwerp-Integratiewet gelijke behandeling is ongewis. De internetconsultatie is eind november 2010 afgesloten en daarna is het stil gebleven. Pas in december 2013 heeft het kabinet zich weer bij de Kamer gemeld met een voortgangsbericht.<sup>50</sup> De Minister van Binnenlandse Zaken en Wetgeving heeft daarin aangegeven dat uit de internetconsultatie een aantal juridische knelpunten naar voren is gekomen waarover nog geen uitsluitend bestaat. Ook is er, ‘gelet op de prioriteit van wetgevings-inspanningen [*sic*] op andere terreinen, minder capaciteit beschikbaar voor dit voorstel’. Of er toekomst is voor de Integratiewet en of deze wet ooit (in aangepaste vorm) in werking zal treden, valt daardoor nauwelijks te voorspellen. Het lijkt er bijna op alsof het kabinet zich erbij heeft neergelegd dat integratie van de gelijkebehandelingswetgeving gewoonweg te complex is om een oplossing voor te vinden. De aandacht van het huidige kabinet richt zich in ieder geval alleen nog op kleinere aanpassingen aan de verschillende afzonderlijke wetten. Voor het kabinet is het daarbij waarschijnlijk wel plezierig dat er ten aanzien van de grote heikele punten van het voorstel, de hier besproken enkele-feitconstructie, inmiddels een initiatiefvoorstel ligt vanuit de Tweede Kamer. Daardoor hoeft het kabinet zich immers niet de vingers te branden aan deze materie.

48 Vgl. ook Terpstra 2011, p. 218.

49 Daarover uitgebreid o.m. Holtmaat 2007.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 28 481, nr. 22.

### 3. Het initiatiefvoorstel-Bergkamp e.a.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State over de enkele-feitconstructie is er in de Tweede Kamer stevig gediscussieerd over dit onderwerp. In september 2010 diende toenmalig D66-kamerlid Van der Ham samen met Kamerleden van enkele andere fracties (VVD, PvdA, SP en GroenLinks) een initiatiefvoorstel in tot schrapping van de enkele feitconstructie uit de Awgb.<sup>51</sup> Vermoedelijk vanwege politieke turbulentie bleef het daarna een tijd stil rondom dit voorstel, maar in het voorjaar van 2013 ontving de Tweede Kamer de mededeling dat de Kamerleden Bergkamp (D66), Venrooy-Van Ark (VVD), Yücel (PvdA), Van Dijk (SP) en Klaver (GroenLinks) de verdediging van het voorstel voort wilden zetten.<sup>52</sup> Ten tijde van schrijven is de behandeling van het voorstel in volle gang: in mei 2013 reageerden de indieners op het advies van de Raad van State met een aangepast wetsvoorstel en een gewijzigde memorie van toelichting,<sup>53</sup> in november 2013 stuurden zij een nota naar aanleiding van het verslag en een nota van wijziging naar de Kamer.<sup>54</sup> Zoals aangegeven in de inleiding was er voor april 2014 een plenair kamerdebat gepland over het onderwerp, maar is dat uiteindelijk niet doorgegaan.

Het aanvankelijke wijzigingsvoorstel van Van der Ham c.s. was opmerkelijk eenvoudig: de initiatiefnemers stelden voor om simpelweg de zinsnede ‘het enkele feit van’ uit art. 5 lid 2 en 7 lid 2 Awgb te schrappen.<sup>55</sup> Volgens de indieners zou daarmee worden ontkomen aan de discussie over de ‘bijkomende omstandigheden’, omdat zo veel duidelijker zou zijn dat onderscheid naar, bijvoorbeeld, seksuele gerichtheid nooit mag worden gemaakt.<sup>56</sup> Daarmee deed het voorstel weinig recht aan de complexe achterliggende juridische discussie over de onderlinge verhouding tussen de Awgb en Richtlijn 2000/78. In die discussie spelen immers meer punten dan alleen de discussie over de enkele-feitconstructie, zoals de discussie over proportionaliteit en aansluiting bij de terminologie van ‘wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten’. Daarnaast vroeg de Raad van State zich in zijn advies bij het voorstel af of het schrappen van de formulering ‘het enkele feit van’ eigenlijk wel het kernpunt van de discussie betreft. De Raad van State memoreerde dat de principiële debatten waarop het voorstel zich richt vooral betrekking hebben op de vrijheid van instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag om van hun personeelsleden te eisen dat zij de grondslag van de instelling loyaal onderschrijven. Voor zover het wetsvoorstel op die problematiek een antwoord beoogde te bieden, zou een nadere toelichting en uitwerking daarbij nodig zijn.<sup>57</sup>

51 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nrs. 1-3.

52 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 476, nr. 4.

53 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 476, nrs. 5-7.

54 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 476, nrs. 9-10.

55 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 2.

56 Vgl. ook Terpstra 2011, p. 220.

57 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 476, nr. 7, p. 3.

Naar aanleiding van deze kritiek hebben de leden Bergkamp c.s. het wetsvoorstel stevig aangepast. In mei 2013 stelden zij een heel nieuwe tekst voor, die lijkt op die van het voorontwerp-Integratiewet gelijke behandeling:

Het eerste lid laat onverlet dat

- a. een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag,
- b. een instelling van bijzonder onderwijs of
- c. een instelling op politieke grondslag

ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid kan geen onderscheid op een andere in art. 1 genoemde grond rechtvaardigen.

Een belangrijk verschil met de tekst van de concept-Integratiewet is dat de bepaling niet is gebaseerd op het begrip ‘discriminatie’, dat voor de Integratiewet de basis vormt, maar op het begrip ‘onderscheid’. Daarnaast is het aspect van de loyaliteit aan de grondslag verdwenen, waardoor de bepaling eerder lijkt te zijn gestoeld op lid 1 van Richtlijn 2000/78 dan op lid 2. Dit is een opvallende keuze, omdat de Raad van State in zijn advies juist het aspect van loyaliteit aan de grondslag een belangrijk en relevant punt achtte bij de mogelijkheid van bijzondere instellingen om functie-eisen te stellen. Deze keuze is in de memorie van toelichting niet uitgebreid toegelicht. De initiatiefnemers geven vooral aan dat het doel van hun voorstel is om een verduidelijking te bieden ten opzichte van de huidige tekst: onderscheid naar seksuele gerichtheid en burgerlijke staat is niet toelaatbaar, ook niet als er ‘bijkomende omstandigheden’ zijn. Zelfs als sprake is van een zeer nauwe verwevenheid tussen de grondslag van een school, de gestelde functie-eisen en een bepaalde leefstijl of een bepaald gedrag, zoals het ongehuwd samenwonen of het samenleven met een partner van hetzelfde geslacht, mag een functievervullingseis niet meer worden gesteld. Inderdaad verschaft het voorstel daarmee duidelijkheid, maar het heeft door de gemaakte keuze ook een belangrijk inhoudelijk gevolg, waar vooral de Raad van State in zijn advies aandacht aan besteedt: er kan sprake zijn van een ‘verschuiving van de grondrechtenbalans’.

Ter toelichting hierop kan eraan worden herinnerd dat de huidige bepalingen van de Awgb, de tekstvoorstellen van de Raad van State en ook de bepaling van art. 4 lid 2 van Richtlijn 2000/78, de nodige ruimte laten aan instellingen op religieuze, levensbeschouwelijke of politieke grondslag om vorm en invulling te geven aan hun godsdienstvrijheid. Daarbij

gaat het niet om ‘algemeen-religieuze’ instellingen, die weliswaar ‘iets doen’ aan godsdienst, maar geen al te hoge eisen stellen. Wel gaat het om een relatief beperkt aantal organisaties en instellingen die hun grondslag consequent in hun handelen uitdragen en die juist daarom, gelet op hun godsdienstvrijheid, bijzondere loyaliteitseisen aan hun medewerkers willen stellen. Voor bijzondere scholen geldt daarbij bovendien dat hun vrijheid van richting grondwettelijk via art. 23 Grondwet wordt beschermd.<sup>58</sup> De Awgb voorziet in de mogelijkheid van bescherming van de grondrechten voor deze instellingen en organisaties, zij het dat de uitzonderingen strak zijn ingekaderd en door de rechter en het College bijzonder strikt worden toegepast. Het is duidelijk dat de formulering in het voorstel-Bergkamp c.s. de nog overgebleven ruimte voor de religieuze en politieke instellingen verder inperkt. Die verdere inperking is niet heel omvangrijk, gelet op het erg beperkte aantal casusposities waarin de enkele-feitconstructie met succes zou kunnen worden ingeroepen. Niettemin maakt de voorgestelde bepaling heel duidelijk dat op het punt waar het hier om gaat – dus het stellen van leefstijleisen die een discriminerend karakter kunnen hebben – het recht op gelijke behandeling altijd moet prevaleren boven de godsdienstvrijheid. De gewijzigde en sterk uitgebreide memorie van toelichting bij het initiatiefvoorstel stelt dit punt zelfs voorop: doel is de ‘te ver gaande inbreuk op het beginsel van non-discriminatie’ te schrappen.<sup>59</sup> De reden hiervoor is volgens de indieners mede gelegen in het feit dat de opvattingen in Nederland over de juiste grondrechtenbalans zijn verschoven en steeds meer waarde wordt gehecht aan gelijke behandeling, zeker waar het gaat om gelijke behandeling op grond van geslacht en seksuele gerichtheid.

Als gezegd is er een principiële discussie mogelijk over de wenselijkheid van deze verschuiving. Een minstens zo belangrijke vraag is echter of die juridisch gezien door de beugel kan. Uiteindelijk zal de Awgb immers inpasbaar moeten zijn in de eisen die internationale mensenrechtenverdragen stellen. Dat ook de Awgb in voorkomende omstandigheden aan het EVRM kan worden getoetst, bevestigde het College in 2011.<sup>60</sup> Dat betekent dat de grondrechtenbalans die in de Awgb is neergelegd eventueel opzij kan worden gezet als grondrechtenverdragen dat zouden eisen. Er is weliswaar geen concrete aanleiding om te veronderstellen dat een nauwer omschreven uitzonderingsbepaling in strijd zou komen met, bijvoorbeeld, de godsdienstvrijheid van art. 9 EVRM of de onderwijsvrijheid van art. 2 Eerste Protocol EVRM. Tegelijkertijd is het niet ondenkbaar dat er gevallen zijn waarin de EVRM-bepalingen een andere balans tussen godsdienstvrijheid en gelijke behandeling voorschrijven dan de initiatiefnemers nu voorstellen.<sup>61</sup> Ook al om die reden moet goed worden nagedacht over de vraag wat het nog verder dichttimmeren van de Awgb nu echt

58 Nader: Nehmelman 2011a, p. 429.

59 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 476, nr. 7, p. 10.

60 Oordeel 2011-69; zie uitgebreid daarover Terlouw 2011.

61 Vgl. Overbeeke 2012, p. 475; vgl. ook advies RvS bij het voorstel-Bergkamp c.s., *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 5.

oplevert en over de vraag wat een verschuiving van de balans teweeg brengt.<sup>62</sup>

Niet verrassend houdt het voorstel juist vanwege dit soort punten de Tweede Kamer verdeeld. Waar leden van de PvdA-fractie ‘met instemming’ kennis hebben genomen van het voorstel en de D66- en SP-fracties er ‘verheugd’ over waren, meldt het verslag dat de leden van de SGP-fractie ‘met weinig enthousiasme’ kennis hebben genomen van het voorstel.<sup>63</sup> Ook de andere confessionele partijen, CDA en ChristenUnie, hebben terughoudend gereageerd en hebben – onder meer – kritische vragen gesteld over de verschuiving van de grondrechtenbalans.<sup>64</sup> Deze vragen hebben voor de indieners aanleiding gevormd om het tekstvoorstel opnieuw aan te passen, ditmaal met het volgende resultaat:<sup>65</sup>

‘Het eerste lid laat onverlet dat

- a. een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag,
- b. een instelling van bijzonder onderwijs of
- c. een instelling op politieke grondslag

ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in art. 1 genoemde grond, onverminderd art. 2, eerste lid.’

De wijzigingen in deze versie lijken vooral verduidelijkingen, maar opvallend is dat het eerder verdwenen loyaliteitsvereiste in deze tekstversie weer tevoorschijn komt. In hun nota naar aanleiding van het verslag schrijven de indieners dat zij op deze manier schoolbesturen ruimte willen laten om van hun medewerkers te verlangen dat zij de grondslag van de instelling onderschrijven.<sup>66</sup> Daarmee wordt toch al wat meer tegemoet gekomen aan belangen van vrijheid van richting en godsdienstvrijheid. Interessanter is echter de nota naar aanleiding van het verslag als zodanig, waarin de initiatiefnemers nu stellen ‘niet doelbewust uit zijn op een verschuiving in de grondrechtenbalans’.<sup>67</sup> Als dit een gevolg is van hun wetsvoorstel achten zij dat aanvaardbaar, maar hun doel is eerst en vooral om verduidelijking voor de rechtspraktijk te bieden.<sup>68</sup> Dit is wat bevreemdend. Waar na twee decennia wel duidelijk is dat de formulering op zichzelf geen enkel praktisch probleem oplevert en dat de belangrijkste reden om aan de bepaling te willen sleutelen de daarin tot uitdrukking komende afweging tussen grondrechten is, iets dat de initiatiefnemers in

62 In dit verband zijn ook nog meer principiële en theoretische redenen te noemen; vgl. Terpstra 2011, p. 222 e.v.

63 Kamerstukken II 2012/13, 32 476, nr. 8.

64 Kamerstukken II 2012/13, 32 476, nr. 8, par. 6.

65 Kamerstukken II 2013/14, 32 476, nr. 9.

66 Kamerstukken II 2013/14, 32 476, nr. 10, p. 8.

67 Kamerstukken II 2013/14, 32 476, nr. 10, p. 9.

68 Zie over de aan deze doelstelling verbonden problemen nader Terpstra 2011, p. 223-224 en Gerards 2011.

hun memorie van toelichting nog leken te omarmen, beweren de initiatiefnemers nu dat er eigenlijk helemaal geen reden is om aan de grondrechtenbalans te willen sleutelen en dat het belangrijkste probleem van praktische aard is: er bestaat onduidelijkheid over de betekenis van de operatie. Uiteindelijk lijkt de hele discussie er daardoor een van juridische semantiek.<sup>69</sup> Vermoedelijk zal de discussie in de Kamer echter toch meer inhoudelijk blijken te zijn, en is het afwachten hoe men over de verschillende doelstellingen en de grondrechtenbalans zal denken.

#### 4. Besluit

De saga van de enkele-feitconstructie is een curieuze. De constructie heeft altijd voer voor juridisch en theoretisch debat opgeleverd, maar de praktische betekenis ervan is minimaal. Natuurlijk kan men zich druk maken over christelijke scholen die een sollicitant willen weigeren omdat hij samenwoont met een partner van gelijk geslacht. En natuurlijk valt een principieel debat te voeren over de vraag of in zo'n geval het recht op gelijke behandeling moet worden doorgevoerd ten koste van de vrijheid van richting van de school, of dat met recht de vraag aan de sollicitant moet worden gesteld waarom hij eigenlijk op die christelijke school wil werken.<sup>70</sup> En uiteraard raakt de discussie aan de rol van religieuze instellingen in onze samenleving en de mate waarin zij vrij mogen zijn om eisen te stellen die niet aansluiten bij fundamentele emancipatoire waarden en waarden van gelijkwaardigheid. De vragen die onder het debat over de enkele-feitconstructie liggen zijn daarmee groot, moeilijk en wellicht onbeantwoordbaar. Misschien is het vanwege het belang van deze vragen ook maar goed dat er al zoveel jaren geen antwoord bestaat op de vraag of de enkele-feitconstructie moet worden geschrapt. Ze worden dan in ieder geval steeds opnieuw gesteld en er wordt over gedebatteerd. Tegelijkertijd blijkt steeds weer dat discussies over dit onderwerp vastlopen in een juridisch moeras: er wordt gezocht naar antwoorden in ondubbelzinnige formuleringen, maar de vraag is of dergelijke antwoorden er uiteindelijk wel zijn. Of een bepaling nu op de ene of op de andere manier is geformuleerd, de onderliggende botsing tussen grondrechten blijft immers bestaan, en de verschillen van mening over de vraag hoe zij tegen elkaar worden afgewogen evenzeer. Om die reden kunnen we natuurlijk benieuwd zijn naar de uitkomst van de stemmingen in de Tweede Kamer over het initiatiefvoorstel-Bergkamp, maar als we zouden hopen dat het aannemen van het wetsvoorstel de discussies beëindigt, zal dat vermoedelijk een illusie blijken.

69 Zie ook al Redactioneel NTM 2009.

70 Vgl. Hendriks 2011, p. 432.



## Literatuur

### Asscher-Vonk/Groenendijk 1999

I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu 1999

### CGB 2008

Commissie Gelijke Behandeling (nu College voor de Rechten van de Mens), *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG*, CGB-advies/2008/02, maart 2008

### Gerards 2006

J.H. Gerards, 'Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation', 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006 (3), p. 291-309

### Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Kroniek Oordelen Commissie Gelijke Behandeling 2004-2007', *NJCM-Bulletin* 2008 (33-4), p. 563-591

### Gerards 2011

J.H. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een 'semi-open' systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten / NJCM-Bulletin* 2011 (36-2), p. 144-158

### Gerards & Heringa 2003

J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003

### Gerards & Zoontjens 2009

J.H. Gerards & P.J.J. Zoontjens, 'Inleiding', in: J.H. Gerards & P.J.J. Zoontjens, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: WLP 2009

### Goldschmidt & Hendriks 2003

J.E. Goldschmidt & A.C. Hendriks, 'Gelijkheid anno 2003. Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', *NJB* 2003, p. 1283

### Hendriks 2011

A.C. Hendriks, 'AWGB en enkele feit', *TvCR* 2011 (3), p. 431-435

### Hendriks & Terlouw 2009

A.C. Hendriks & A.B. Terlouw, 'Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie richtlijn te ontduiken', *NJB* 2009, p. 1636-1637

### Holtmaat 2007

R. Holtmaat, 'Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?', in: M.L.M.

Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2007, p. 1-113

**Redactioneel NTM 2009**

‘Europese richtlijn, AWGB en ‘enkele feit’: meer of minder ruimte voor de vrijheid van godsdienst?’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2009 (34-5), p. 493-495

**Nehmelman 2011a**

R. Nehmelman, ‘De Europese Kaderrichtlijn Arbeid en artikel 23 Grondwet’, *TvCR* 2011 (3), p. 425-430

**Nehmelman 2011b**

R. Nehmelman, ‘Hoe een enkel feit tot een nieuwe schoolstrijd leidt? Over het spanningsveld tussen de bijzondere school en de homoseksuele docent’, in: H. Broeksteeg & A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 239-256

**Overbeeke 2012**

A.J. Overbeeke, ‘Enkele feiten zijn er niet – over het vaststellen van het ‘enkele feit’ en over het (niet) traceren van ‘bijkomende omstandigheden’’, in: C.J. Forder (hoofddred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2011, Nijmegen: WLP 2012, p. 471-475

**Terlouw 2011**

A. Terlouw, ‘De CGB en de algemene mensenrechtentoets’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011 (36-6/7), p. 656-671

**Terpstra 2011**

G. Terpstra, ‘De veelzijdige werkelijkheid achter het ‘enkele feit’. Pleidooi voor fundamentele doordenking van alternatieven voor de ‘enkele-feitconstructie’ in het gelijkebehandelingsrecht’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011 (36-2), p. 215-225